



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2023

**Crisi giurisdizionale in Spagna:
un clamoroso deficit
di cultura istituzionale**

di Marc Carrillo

EDITORIALE SCIENTIFICA

CRISI GIURISDIZIONALE IN SPAGNA: UN CLAMOROSO DEFICIT DI CULTURA ISTITUZIONALE*

di Marc Carrillo

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Universitat Pompeu Fabra (Barcellona)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: UN DIFFICILE CONTESTO POLITICO; 2. LA FORMAZIONE E LA SELEZIONE DEI GIUDICI; 3. IL *CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL*, OVVERO, DEL PALESE INTERESSE AL CONTROLLO POLITICO SULL'ORGANO DI GOVERNO DEI GIUDICI; 4. IL *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL* O, ANCHE, DEL NON DISSIMULATO INTERESSE AL CONTROLLO POLITICO SUL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLE LEGGI: DUE CASI PARADIGMATICI: 4.1 IL *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL* E LO STATO DI EMERGENZA: LA SENT. N. 148/2021, DEL 14 LUGLIO. UNA SENTENZA INFELICE CHE IGNORA LA FUNZIONE DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE; 4.2 L'ORDINANZA DEL *TRIBUNAL CONSTITUCIONAL* DEL 19 DICEMBRE 2022: LA RESURREZIONE INCOSTITUZIONALE DEL CONTROLLO PREVENTIVO DI COSTITUZIONALITÀ ATTRAVERSO IL *RECURSO DE AMPARO*.

1. Introduzione: un difficile contesto politico

La XIV legislatura delle *Cortes Generales* (2019-2023) è stata la prima nella storia costituzionale successiva alla reintroduzione della democrazia (avvenuta tramite la Costituzione del 1978) caratterizzata da un governo di coalizione: un esecutivo composto da due partiti politici di sinistra (*Partido Socialista Obrero Español* [PSOE] e *Unidas Podemos* [UP]), scaturito dalla loro vittoria alle elezioni politiche del 10 novembre 2019. Non disponendo della maggioranza in seno al *Congreso de los Diputados*, l'esecutivo è stato costretto a governare in minoranza, con il sostegno parlamentare di altri partiti politici minori di carattere regionale. La loro unione congiunturale ha consentito l'investitura parlamentare del presidente Pedro Sanchez e l'approvazione

* La traduzione italiana del testo e dei brani citati è stata curata da Michele Barone. Contributo non sottoposto a valutazione.

– non senza difficoltà – di buona parte dei disegni di legge che il Governo ha sottoposto al dibattito e all’approvazione parlamentare. Ciò, con particolare riferimento alle leggi di bilancio, ad altre disposizioni volte ad assicurare una maggiore garanzia dei diritti fondamentali, alla riforma della normativa sui rapporti di lavoro nel settore privato, e, infine, a una scelta politica coraggiosa e di grande rilievo come l’indulto concesso ai leader indipendentisti della Catalogna, condannati dal *Tribunal Supremo* nel procedimento penale seguito al tentativo secessionista del 2017. Si è trattato, in quest’ultimo caso, di un provvedimento decisivo per pacificare la situazione catalana e consentire un cambiamento delle dinamiche politiche interne alla stessa Comunità Autonoma.

In questi quattro anni, inoltre, il Governo ha dovuto affrontare problemi di particolare rilevanza, quali, specialmente, gli effetti inflattivi collegati alla crisi economica ereditata dagli esecutivi guidati dal *Partido Popular* [PP] e la crisi sanitaria causata dalla pandemia da COVID-19. Il tutto, con un’opposizione politica radicale e sistematica da parte della destra autoritaria rappresentata dal PP e dell’estrema destra più chiaramente franchista rappresentata dal partito VOX. Nella sua narrazione politica, il PP ha abitualmente negato la legittimità democratica del governo di coalizione, soprattutto in virtù del sostegno parlamentare ricevuto da alcuni partiti politici indipendentisti di Catalogna e Paesi Baschi, le due Comunità Autonome con un’identità politica ben riconoscibile e una maggiore tradizione di autogoverno, che si registra storicamente fin dal periodo della Seconda Repubblica spagnola, risalente agli anni Trenta del secolo scorso.

In base alla Costituzione, nel corso della XIV Legislatura, appena conclusasi, si sarebbe dovuto procedere al rinnovo della composizione di due organi costituzionali: il *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ) e il *Tribunal Constitucional* (TC).

Il primo è il consiglio della Magistratura spagnola, che, in conformità alla *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985 (LOPJ), viene rinnovato integralmente ogni cinque anni. Invece, per il *Tribunal Constitucional* – giudice della legittimità costituzionale delle leggi e di altri atti dei pubblici poteri – la Costituzione prevede un meccanismo di rinnovo parziale: ogni tre anni viene sostituito un terzo dei suoi componenti. In relazione ad entrambi i procedimenti si è registrata, tuttavia, una profonda crisi dovuta a sistematiche inadempienze da parte delle istituzioni che, secondo le disposizioni costituzionali e legislative, avrebbero dovuto procedere al rinnovo per tempo.

Quanto al *Tribunal Constitucional*, si è verificato un ritardo che ha dato luogo alla proroga del mandato di una parte dei giudici, che ha continuato a esercitare la funzione giurisdizionale anche in seguito alla scadenza del termine di durata dell'incarico. Poco dopo l'inizio della scorsa legislatura, sarebbe spettata al *Congreso de los Diputados* (la Camera bassa) la proposta di quattro candidati in sostituzione dei componenti che, decorsi i nove anni, avevano terminato il loro incarico. Il *Congreso*, tuttavia, ha proceduto al rinnovo parziale di sua competenza addirittura due anni dopo. Allo stesso modo, nel giugno 2022 è scaduto il mandato di quattro giudici, dei quali due avrebbero dovuto essere nominati su proposta del Governo e due su proposta del *Consejo General del Poder Judicial*. Ebbene, la loro sostituzione è avvenuta solo nel gennaio di quest'anno, vale a dire con sei mesi di ritardo.

La situazione relativa al *Consejo General del Poder Judicial* è ancor più grave. Secondo la LOPJ, il suo rinnovo è integrale: tutti i componenti devono essere sostituiti ogni cinque anni. Ciò sarebbe dovuto avvenire quattro anni fa; tuttavia, così non è stato e quest'organo continua ad esercitare – seppure in parte – le funzioni ad esso spettanti per legge in attesa di un accordo (che sembra non giungere mai) tra i partiti rappresentati sia nel *Congreso de los Diputados* che nel Senato. Dal punto di vista istituzionale, la situazione è oltremodo grave: non paia azzardato, invero, parlare di una vera e propria oscenità istituzionale.

2. La formazione e la selezione dei giudici

Prima di esaminare gli elementi della crisi istituzionale in ambito giurisdizionale, è opportuno affrontare alcuni aspetti relativi alla formazione e selezione dei giudici, che possono essere utili a descrivere per sommi capi il modello che si è affermato in Spagna.

I criteri fissati dal potere pubblico per la formazione delle professioni legali rappresentano, indubbiamente, un valido parametro di valutazione della qualità delle istituzioni di uno Stato democratico. Nello specifico, la formazione e le modalità di reclutamento dei giudici (*Jueces e Magistrados*) sono decisive per l'esercizio della funzione giurisdizionale che lo Stato attribuisce loro. Non si tratta di una questione banale, perché è evidente che il giudice esercita un notevole potere sui cittadini, quando decide, a norma della Costituzione e della legge (in quest'ordine gerarchico), sulla loro libertà e sui loro beni.

Il potere giurisdizionale, che consiste nel giudicare e far eseguire il giudicato, definisce lo Stato e dalla modalità di esercizio di questa funzione pubblica dipende la credibilità e, in ultima istanza, la sua legittimità sociale. La questione è di particolare rilievo, poiché non si può trascurare che in Spagna, la funzione pubblica che il giudice assume dopo esser transitato attraverso il prevalente sistema di selezione – concorso per l'accesso all'*Escuela Judicial* –, viene da questi esercitata in modo permanente, ossia fino al raggiungimento dell'età pensionabile. Inoltre, in generale, il giudice in questione è una figura che entra in carica in giovane età, normalmente non oltre i trent'anni, potendo così rimanervi per i successivi quaranta. Alla luce di ciò, appare, quindi, ragionevole che Stato e società nel suo complesso prestino molta attenzione alle modalità di formazione e ai criteri stabiliti dalle norme che regolano la scelta di quei cittadini che, per la loro posizione, sono abilitati a decidere sull'esercizio dei diritti e delle libertà che la Costituzione riconosce a tutta la popolazione. È chiaro che la posta in gioco è molto alta.

La formazione giuridica del futuro giudice dipende, inizialmente, da quella acquisita nel corso degli studi universitari: vi sono sufficienti motivi per affermare che la loro qualità è carente, in alcuni casi, e in altri nettamente migliorabile, nonostante i cambiamenti che si stanno lentamente sperimentando in alcuni atenei al fine di preparare professionisti dotati di competenze meno nozionistiche e legate a una dimensione applicativa del diritto che, fatta salva l'imprescindibilità della formazione dogmatica, possano agevolare un approdo meno traumatico all'attività nelle diverse professioni legali.

In ogni caso, il prevalente meccanismo di accesso alla Magistratura, per com'è strutturato l'attuale sistema concorsuale, rappresenta una modalità di selezione inadeguata. Ferma restando la presenza di ottimi giudici nel panorama giudiziario spagnolo, che va sottolineata, la ragione fondamentale di questa affermazione si basa sul fatto che tale sistema induce i candidati a sviluppare una grande capacità di memorizzare l'ingente mole di argomenti oggetto delle prove concorsuali, che l'aspirante giudice deve esporre (o "cantare", secondo la terminologia esoterica utilizzata in quest'ambito) dinanzi a una commissione composta da esponenti di diverse professioni legali (giudici, professori universitari, pubblici ministeri, avvocati, ecc.), senza però dover dimostrare, al contempo, alcuna capacità di ragionamento e argomentazione. Ciò si spiega considerando che alla commissione esaminatrice

(la cui composizione plurale rappresenta un indubbio dato positivo) è comunque impedito di dialogare con il candidato e di interrogarlo al fine di verificare la sua capacità di comprensione critica degli argomenti memorizzati in anni di assoluta dedizione alla preparazione, con indubbi sforzi e sacrifici personali e familiari. In più – e soprattutto – ciò è dovuto alla circostanza che il sistema non prevede alcun tipo di prova pratica (pareri o atti processuali) di carattere decisorio, che consenta di valutare quanto richiesto ad ogni giurista: la capacità di ragionare secondo le regole della logica giuridica.

La memoria e la conoscenza descrittiva dell'ordinamento giuridico sono, certo, qualità rilevanti, ma è molto più importante che il giudice sappia applicare razionalmente le norme. Tuttavia, il sistema concorsuale vigente incentiva l'automatismo e la rigidità argomentativa nel ragionamento che conduce alla pronuncia giurisdizionale, a discapito dell'apprendimento, da parte del futuro giudice, delle regole fondamentali dell'ermeneutica giuridica e, allo stesso modo, non agevola quest'ultimo a familiarizzare fin dal principio con le regole interpretative che consentono l'adeguata risoluzione delle controversie, quali, ad esempio, l'interpretazione per valori, il metodo del bilanciamento di interessi o il giudizio di ragionevolezza.

D'altra parte, risulta difficilmente comprensibile che materie come il diritto costituzionale, il diritto amministrativo o il diritto dell'Unione europea occupino un posto così poco rilevante nel programma oggetto delle prove concorsuali. In realtà, si può concludere che il suo contenuto, in termini accademici, risponda piuttosto a una logica pre-costituzionale, quasi che la Costituzione, come norma giuridica e sistema normativo, non rappresenti il vertice dell'ordinamento giuridico e che il processo di integrazione europea non abbia effettivamente permeato gli ordinamenti nazionali.

Naturalmente, ciò non implica che il diritto penale, civile o processuale abbiano poca rilevanza: sono, anzi, estremamente importanti. Si tratta, piuttosto, di evidenziare il paradosso in base al quale si suppone l'insignificanza di alcune branche del diritto che oggi sono l'espressione della Costituzione come fonte suprema del sistema normativo, della permanente influenza dell'Amministrazione sulla vita e della trasformazione dell'ordinamento giuridico verificatasi in virtù dell'inclusione della Spagna nell'ambito dell'Unione europea.

Il problema non è quantitativo, ma qualitativo. Il punto, infatti, non è tanto l'estensione del programma oggetto delle prove concor-

suali, quanto la sua riduzione e il cambiamento sostanziale della filosofia che ispira il sistema di selezione. Un cambiamento che – non va dimenticato – deve riguardare anche i *preparadores*, professionisti giuridici addetti al tutoraggio che in troppe occasioni si presentano più come una sorta di passive divinità dinanzi ai poveri candidati che come giuristi esperti in grado di padroneggiare la giurisprudenza spagnola, oltre che quella delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo; naturalmente, senza tralasciare il fatto che i compensi che percepiscono dai propri studenti dovrebbero trovare adeguato riscontro nell'adempimento annuale degli oneri fiscali. È frequente, infatti, che i proventi dell'attività di ausilio alla preparazione al concorso restino al di fuori della dichiarazione dei redditi.

Un cambiamento, insomma, da prendere in seria considerazione, perché funzionale alla costruzione di una figura di giudice maggiormente aderente, per formazione giuridica e criterio di selezione, a quella di un professionista attento alla dimensione concreta del diritto. In tal modo, egli potrebbe meglio svolgere la sua imprescindibile funzione di garante dei diritti fondamentali delle persone e, comunque, assicurare una tutela proporzionata alle istanze che giungono alla sua attenzione: in conformità alla Costituzione e alla legge, e non solo alla legge, posizione giuridicamente assurda, che pure è stata sostenuta.

Nell'ambito di questa necessaria riforma del meccanismo di selezione dei giudici, l'*Escuela Judicial*, attualmente ubicata a Barcellona, dovrebbe assumere un ruolo di primario rilievo. Nella sua breve esperienza, l'*Escuela*, che si avvale delle competenze di un eccellente gruppo di docenti esercitanti varie professioni giuridiche (giudici e professori universitari, in particolare), ha compiuto uno sforzo significativo volto a trasformare, con prudenza e buonsenso, i criteri che presiedono alla formazione degli allievi nella fase successiva alla prima selezione. Tale sforzo è stato rivolto al potenziamento dello studio di casi concreti al fine di consolidare le capacità pratiche e dialettiche del futuro giudice e di colmare le lacune del programma oggetto delle prove concorsuali – ad esempio, in tema di diritti fondamentali –, nonché di stimolare la sensibilità sociale degli allievi allo scopo di consentire loro di disporre degli strumenti di interpretazione adeguati, all'indomani del termine del percorso formativo, per affrontare i problemi connessi all'esercizio della funzione giurisdizionale. Così, nella programmazione dell'*Escuela*, sono state realizzate attività complementari, quali tirocini presso enti dell'Amministrazione attiva, istituti penitenziari, mass media,

centri di accoglienza per giovani e donne vittime di violenza, o altri finalizzati allo sviluppo della necessaria conoscenza e consapevolezza della realtà multilinguistica dello Stato. In tal senso, l'ubicazione fisica dell'*Escuela* a Barcellona favorisce il raggiungimento di questo obiettivo e risulta coerente con la natura dello Stato delle Autonomie come organizzazione politicamente decentrata. Sebbene in certi ambiti giudiziari queste attività siano state valutate addirittura innaturali, non si tratta, in realtà, di esoterismo pedagogico, ma di tendenze metodologiche ravvisabili in altre esperienze europee, com'è ad esempio il caso dell'*École Nationale de la Magistrature*, con sede a Bordeaux.

Come si accennava in precedenza, l'unica ragione che motiva tali cambiamenti è quella di ottenere un profilo di giudice la cui legittimazione professionale si basi sulla capacità di argomentare tramite la logica giuridica, in virtù della conoscenza dell'ordinamento giuridico, nonché su di una corretta percezione del contesto sociale nel quale è abilitato a decidere sulla libertà e sui beni dei suoi concittadini. Insomma, un giudice garante dei valori democratici, non rinchiuso in una sorta di torre d'avorio, circondato dall'aura di infallibilità di un sacerdote del diritto. In questa prospettiva, il lodevole lavoro svolto dalla *Escuela Judicial* deve ricevere adeguato sostegno istituzionale, a beneficio della credibilità della Magistratura e dello stesso Stato democratico¹.

A queste riflessioni dottrinarie se ne sono aggiunte altre, dalla simile ispirazione. Così, ad esempio, è stato proposto: *a*) di riconsiderare i contenuti dei programmi oggetto delle prove concorsuali, riducendo il numero delle materie e includendo alcuni argomenti non giuridici; *b*) di sostituire il questionario-test, come primo filtro, con una prova scritta su un argomento di cultura generale; *c*) di introdurre prove scritte in sostituzione o ad integrazione di quelle orali (casi pratici, note a sentenza o di sintesi di un testo giuridico, ecc.); *d*) di garantire l'anonimato nello svolgimento delle prove scritte; *e*) di contemplare la valutazione psicotecnica dei candidati nel processo di selezione; *f*) di ridurre il numero delle commissioni di concorso ed evitare la loro concentrazione a Madrid, costituendone alcune nell'ambito dei *Tribunales Superiores* delle Comunità Autonome; *g*) di regolarizzare l'attività dei tutor, istituzionalizzandone le prestazioni lavorative e rendendone in tal modo trasparente il regime fiscale; *h*) di modificare i piani di studi

¹ Cfr. M. CARRILLO, *La formación de los jueces*, in *El País*, 2 aprile 2002.

dell'*Escuela Judicial*, alleggerendo alcune materie giuridiche e includendone altre in grado di potenziare le competenze e la predisposizione del discente all'esercizio della funzione giurisdizionale; *i*) di prevedere la conoscenza obbligatoria di una (o eventualmente due) lingue straniere e incentivare l'apprendimento di una delle lingue spagnole co-ufficiali (catalano, euskera o galiziano); *l*) di riconoscere il carattere selettivo dell'*Escuela Judicial* come dato acquisito, al fine di assicurare una valutazione più seria degli allievi². Questi ultimi, invero, non possono ancora essere considerati giudici, nonostante una parte di loro si percepisca, di fatto, come tale già in seguito all'ammissione all'*Escuela*, in virtù di una "legittimazione" che deriverebbe dal superamento del difficile concorso. L'abilitazione all'esercizio della funzione giurisdizionale, invece, dovrebbe derivare – sia nella forma che nella sostanza – dal proficuo completamento del percorso formativo; in altre parole, frequentare l'*Escuela* non può rappresentare una mera formalità.

Ad ogni modo, col passare degli anni nessuna di queste proposte si è concretizzata, entrando a far parte del sistema di formazione e selezione dei giudici, che, dunque, seguita ad essere uguale a sé stesso. Il carattere fortemente corporativo³ di una parte significativa della Magistratura – pilastro dello Stato che segue a considerarsi come «l'ultimo fortino dell'unità spagnola [...] elemento residuo della sua spina dorsale»⁴ – ha indubbiamente impedito la loro realizzazione.

3. Il *Consejo General del Poder Judicial*, ovvero, del palese interesse al controllo politico sull'organo di governo dei giudici

Nell'istituire il CGPJ come organo di governo della Magistratura, la Costituzione spagnola adottò come modelli, sul piano comparato, sia il Consiglio Superiore della Magistratura italiano che il suo omologo francese, il *Conseil Général de la Magistrature*. Fin dal principio, i partiti politici sono intervenuti in maniera più o meno occulta al fine di determinarne la composizione. Le principali iniziative in tal senso sono state assunte dalla destra parlamentare, che ha sempre colto l'im-

² A. SÁIZ ARNÁIZ, *La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas*, in *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, n. 119/2007, pp. 42 s.

³ Cfr. A. NIETO, *El desgobierno judicial*, Madrid, 2004, p. 16.

⁴ A. SÁIZ ARNÁIZ, *op. ult. cit.*, p. 42.

portanza di un *Consejo* sensibile alle sue proposte politiche, soprattutto alla luce delle attribuzioni sullo *status* giuridico dei giudici che la legge organica 1° luglio 1985, n. 6, sul *Poder Judicial* (LOPJ) conferisce a tale organo.

Ai sensi dell'articolo 122, comma 3, CE, la composizione del *Consejo* è la seguente:

«3. Il *Consejo General del Poder Judicial* sarà composto dal Presidente del *Tribunal Supremo*, che lo presiederà, e da venti membri nominati dal Re per un periodo di cinque anni. Di questi, dodici tra giudici appartenenti a tutte le categorie giudiziarie, nei termini stabiliti dalla legge organica; quattro su proposta del *Congreso de los Diputados*, e quattro su proposta del Senato, eletti in entrambi i casi con la maggioranza dei tre quinti dei relativi componenti, tra avvocati e altri giuristi, tutti di riconosciuta competenza, che abbiano esercitato la propria professione per più di quindici anni».

Dal canto suo, l'articolo 567, commi 1 e 2, della LOPJ stabilisce che:

«1. I venti Consiglieri del *Consejo General del Poder Judicial* saranno designati dalle Camere secondo le modalità stabilite dalla Costituzione e dalla presente legge organica, sulla base del principio dell'equilibrio di genere tra uomini e donne.

2. Ciascuna delle Camere eleggerà, a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti, dieci Consiglieri, dei quali quattro tra giuristi di riconosciuta competenza che abbiano esercitato la propria professione per più di quindici anni e sei tra i giudici (...)».

L'interpretazione, da parte della legge organica, della disposizione costituzionale relativa alla composizione del *Consejo* non è stata sempre univoca. La prima fu adottata dalla legge organica 10 gennaio 1980, n. 1, sul *Consejo General del Poder Judicial*, la quale stabiliva che dei venti componenti, dodici dovessero essere indicati dai giudici stessi e i restanti otto dalle Camere (*Congreso* e Senato). Questo orientamento è stato sempre avallato, in particolare, dalla destra (in passato, da *Alianza Popular* guidata dall'ex ministro franchista Fraga Iribarne e attualmente dal PP) e da una parte delle associazioni dei giudici, soprattutto quella maggioritaria e più conservatrice, l'*Asociación Profesional de la Magistratura*. L'argomentazione a supporto

di tale interpretazione della Costituzione si è basata sulla necessità, ritenuta quasi naturale, che il governo dei giudici debba spettare agli stessi membri della Magistratura. Di conseguenza, dei 20 componenti previsti dalla Costituzione, era logico che dodici fossero designati dai giudici stessi (*Jueces e Magistrados*). La logica di fondo di tale argomentazione rispondeva e continua a rispondere ancora oggi a un'idea essenzialmente corporativistica della professione, secondo cui devono essere solo i giudici ad autogovernarsi, senza alcun intervento da parte di altri poteri dello Stato. In ogni caso, e secondo tale interpretazione dell'articolo 122, comma 3 CE, ai giudici doveva comunque essere assicurata, nell'ambito dell'organo di governo, una maggioranza di dodici membri.

Nel 1985 vi fu una modifica della LOPJ basata su una diversa interpretazione della disposizione costituzionale inerente proprio alla composizione del *Consejo*, ancora vigente. Secondo tale interpretazione, l'articolo 122, comma 3 CE, in realtà, si limita a stabilire che dodici dei venti Consiglieri debbano essere scelti «tra» i giudici, senza imporre in alcun modo alla legge organica, cui fa rinvio, di prescrivere che i giudici stessi siano anche *elettori*. La nuova legge, dunque, ha previsto l'elezione dei venti membri del CGPJ da parte delle *Cortes Generales*: dieci su proposta del *Congreso de los Diputados* e gli altri dieci del Senato, ferma restando, naturalmente, la necessità che dodici dei venti Consiglieri ricoprano la carica di giudice.

La nuova legge organica n. 6/1985 fu oggetto di ricorso d'incostituzionalità sfociato nella sentenza n. 108 del 29 luglio 1986 del *Tribunal Constitucional*, che ne sancì la conformità alla Costituzione. Il TC ritenne, nell'occasione, che l'interpretazione adottata dalla legge in relazione al meccanismo di elezione del *Consejo* figurasse tra quelle costituzionalmente legittime.

Nel caso di specie, il Giudice delle Leggi fece riferimento al dibattito costituente per offrire un'interpretazione storica e della *ratio* dell'art. 122, comma 3, CE. In tal senso, suggerì che l'obiettivo era, da un lato, quello di garantire la presenza nel *Consejo* delle principali correnti di pensiero esistenti tra i giudici in quanto tali, ossia a prescindere dai loro personali orientamenti politici, e, dall'altro, di bilanciare questa presenza con quella di altri giuristi – onde evitare tentazioni corporativistiche – che, a giudizio delle *Cortes Generales*, avrebbero potuto proiettare nel mondo del diritto altri orientamenti esistenti nella società.

Alla luce di ciò, nulla ostava all'armonica permanenza della riforma nell'ordinamento. Ecco, nello specifico, le argomentazioni:

«Un risultato in qualche modo analogo è quello che si ottiene cercando di interpretare l'art. 122, comma 3 secondo il suo spirito e la sua *ratio*. L'obiettivo della disposizione è, da un lato, quello di garantire la presenza nel *Consejo* dei principali *modi operandi* e delle correnti di pensiero esistenti tra i giudici in quanto tali, ossia a prescindere dai loro personali orientamenti politici, e, dall'altro, di bilanciare questa presenza con quella di altri giuristi che, a giudizio di entrambe le Camere, possano proiettare nel mondo del diritto altri orientamenti esistenti nella società. Si potrebbe, dunque, affermare in sintesi che la *ratio* della disposizione è quella di assicurare che la composizione del *Consejo* rispecchi l'impronta pluralistica della società e, segnatamente, della Magistratura. Ci sono pochi dubbi sulla circostanza che questo obiettivo si realizzi più facilmente attribuendo agli stessi giudici il potere di eleggere dodici dei venti membri del CGPJ. Tuttavia, non si può ignorare il rischio, evidenziato anche da alcuni membri delle *Cortes* che approvarono la Costituzione, che il procedimento elettorale proietti nell'ambito della carriera giudiziaria le divisioni ideologiche esistenti nella società: in tale evenienza, l'effetto conseguito sarebbe diverso da quello perseguito. In particolare, non si può affermare che tale finalità sia pregiudicata dall'adozione di un altro procedimento e, nello specifico, di quello in base al quale alle *Cortes* spetti il potere di proporre anche i membri del *Consejo* provenienti dalla Magistratura (*Jueces e Magistrados*), specie qualora la legge adotti talune cautele, come quella di richiedere, in ciascuna Camera, la maggioranza qualificata dei tre quinti (art. 112, comma 3, LOPJ⁵). Certamente, se le Camere, nel formulare le loro proposte, ignorano l'obiettivo fissato dalla norma costituzionale preoccupandosi solo dei rapporti di forza esistenti al proprio interno e ripartendo le cariche tra i diversi partiti in proporzione alla rispettiva forza parlamentare (con l'applicazione di logiche ammissibili in altri campi, ma non in questo), si corre il rischio che tale obiettivo venga vanificato. La logica dello Stato dei partiti spinge ad azioni di questo tipo, ma impone, allo stesso tempo, di tener fuori dalla lotta partitica alcuni settori del potere e tra questi, in particolare, la Magistratura (*fundamentos juridicos*, punto 13)».

A partire dall'entrata in vigore della nuova modalità di scelta dei membri del CGPJ, avallata dalla giurisprudenza costituzionale, l'or-

⁵ Oggi, art. 567, comma 2, LOPJ.

gano di governo dei giudici è stato oggetto di continue polemiche politiche. Le questioni relative al *Consejo* sono state usuale oggetto dell'agenda politica della destra parlamentare, sempre favorevole alla monopolizzazione giudiziaria dell'organo costituzionale, considerato, dunque, come spazio autonomo, impermeabile al Parlamento. D'altra parte, nei rinnovi successivi il *Consejo* ha vissuto un processo negativo di "parlamentarizzazione": una spartizione dei Consiglieri basata sul loro rapporto diretto con i partiti politici maggiori e con qualcuno di quelli minori. L'esito delle elezioni legislative delle *Cortes Generales* ha predeterminato la composizione del *Consejo*, condizionata da criteri essenzialmente politici legati all'affinità ideologica, gli unici ad aver assunto un peso effettivo: il più delle volte, lo stesso requisito della competenza giuridica è risultato di fatto secondario. Chiaro segno di ciò è l'abitudine dell'informazione politica a classificare e dividere i componenti degli organi giurisdizionali dello Stato in conservatori e progressisti: una vera e propria patologia istituzionale.

Negli ultimi anni, la LOPJ ha subito diverse revisioni in relazione allo *status* giuridico del *Consejo*. Con la legge organica n. 4/2013 di riforma del CGPJ, approvata dalla maggioranza politica del PP, le modalità di elezione, la struttura e le funzioni del *Consejo* sono state nuovamente riformulate. In particolare, spetta alle associazioni dei giudici la proposta dei dodici candidati di provenienza giudiziaria, sulla base della loro rappresentatività in seno alla Magistratura. Tuttavia, alla luce delle successive modifiche legislative e delle diverse problematiche funzionali, si può affermare che tale organo costituzionale risulta tuttora «in continua evoluzione» e che alle criticità tradizionalmente evidenziate «il legislatore non ha posto rimedio, se non in modo frammentario»⁶.

Sfortunatamente, esso è diventato oggetto di brame politiche a causa del grande rilievo delle sue attribuzioni. Tra quelle previste dalla LOPJ e segnatamente dall'art. 560, giova richiamare le seguenti: il CGPJ avanza le proposte per la nomina del Presidente del *Tribunal Supremo* e del *Consejo General del Poder Judicial*, che esercita, quindi, una duplice funzione di presidenza, quella del supremo organo di giurisdizione ordinaria e dell'organo di governo della Magistratura

⁶ M.A. CABELLOS ESPIÉRREZ, *La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial antes u enésima reformulación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 118/2020, pp. 13 ss.

giudicante; avanza le proposte per la nomina di *Jueces*, *Magistrados* e *Magistrados del Tribunal Supremo* e di due componenti del *Tribunal Constitucional*; ha diritto ad essere sentito dal Governo prima della nomina del *Fiscal General del Estado*; può sollevare i conflitti d'attribuzione tra organi costituzionali dello Stato; partecipa alla selezione dei giudici (*Jueces* e *Magistrados*); adotta le opportune deliberazioni, in relazione a *Jueces* e *Magistrados*, riguardo alla formazione e al perfezionamento, al conferimento degli incarichi, alle promozioni, alle questioni amministrative e disciplinari; esercita l'alto controllo sull'attività dei *Tribunales* e svolge funzioni di vigilanza e coordinamento con riferimento all'ordinaria attività ispettiva dei Presidenti e delle *Salas de Gobierno* dei *Tribunales*; impartisce istruzioni agli organi di governo di *Juzgados* e *Tribunales* nelle materie di loro competenza e conosce di tutte le impugnazioni avverso i loro provvedimenti; esercita la potestà regolamentare, nel rigoroso quadro dello sviluppo delle disposizioni della *Ley Orgánica del Poder Judicial*. È utile, altresì, menzionare alcune delle attribuzioni disciplinate dal successivo art. 561, in base alle quali il CGPJ produce relazioni sui progetti di legge preliminari e sulle disposizioni generali aventi ad oggetto: norme processuali o che incidono su aspetti giuridico-costituzionali inerenti alla tutela dell'esercizio dei diritti fondamentali dinanzi ai *Tribunales ordinarios*; norme che riguardano la costituzione, l'organizzazione, il funzionamento e il governo dei *Tribunales*; norme penali e sul regime penitenziario o su qualsiasi altra materia indicata dal Governo, dalle *Cortes Generales* o, eventualmente, dalle Assemblee legislative delle Comunità autonome.

Allo scadere dell'incarico quinquennale dei Consiglieri, le funzioni del CGPJ, logicamente, si riducono fino al rinnovo del collegio: in particolare, il *Consejo* non può avanzare le proposte per la nomina di *Jueces*, *Magistrados* e *Magistrados del Tribunal Supremo*. Al contrario, può farlo in relazione ai due giudici del *Tribunal Constitucional* e continua ad avere il diritto di essere sentito dal Governo prima della nomina del *Fiscal General del Estado*; può partecipare alla selezione dei *Jueces* e *Magistrados* ed esercitare l'alto controllo sull'attività dei *Tribunales*, così come svolgere le funzioni di vigilanza e coordinamento con riferimento all'attività ispettiva dei Presidenti e delle *Salas de Gobierno* dei *Tribunales*, ecc.; può, altresì, compiere le altre azioni indispensabili per garantire l'ordinario funzionamento dell'organo.

È evidente, quindi, che le attribuzioni del *Consejo* sul funzionamento della Magistratura sono molto rilevanti, specie se si tiene conto

del potere di presentazione al Re delle proposte⁷ per l'assegnazione di alti incarichi ai vari livelli della struttura piramidale dell'ordine giudiziario: *Tribunales Superiores de Justicia* delle Comunità autonome e, naturalmente, *Audiencia Nacional*⁸ e *Tribunal Supremo*.

È proprio in relazione a questo che si è verificato uno dei gravi problemi legati alla crisi costituzionale in ambito giurisdizionale, in conseguenza del mancato rinnovo del *Consejo* per ben quattro anni. Infatti, l'elezione dei venti nuovi Consiglieri (*Vocales*) sarebbe dovuta avvenire nel 2019, ma, dato che le elezioni legislative di quell'anno hanno permesso la formazione di un governo di sinistra (PSOE e *Unidas Podemos*) – primo governo di coalizione nell'attuale sistema democratico spagnolo – il *Partido Popular* ha sistematicamente adottato la strategia di impedire il rinnovo dell'organo. Si tratta di una tattica non inedita, ma che è stata messa in atto anche in altre occasioni in cui il PP era all'opposizione, con il solo scopo di evitare che un *Consejo* dalla composizione maggiormente orientata a sinistra avesse la possibilità di nominare alte cariche giurisdizionali che potessero risultare sgradite. La logica, in altre parole, è la seguente: se non è possibile controllare il *Consejo*, meglio bloccarne il rinnovo in attesa di tempi migliori, cioè fino alla vittoria elettorale successiva che assicuri una maggioranza parlamentare favorevole. È opportuno sottolineare, allo stesso modo, che i Consiglieri non hanno mai considerato la possibilità di rassegnare le dimissioni dinanzi ad una situazione così anomala, neanche quando lo hanno fatto il presidente del CGPJ e del *Tribunal Supremo*, preso atto dell'impossibilità di persuadere le *Cortes Generales* – *alias*: i partiti politici maggiori – a raggiungere un accordo per il rinnovo dell'organo.

Da che cosa dipende la possibilità di impedirlo? Il motivo è semplice: data la composizione politica delle Camere, il requisito della maggioranza qualificata dei tre quinti dei componenti del *Congreso de los Diputados* e del Senato impone che la maggioranza di governo e il principale partito dell'opposizione si accordino sulle proposte di candidatura: in caso contrario, lo stallo è inevitabile⁹. Le pretestuose giu-

⁷ La proposta equivale, di fatto, a una decisione. Dato il carattere parlamentare della Monarchia, l'atto del Re è dovuto e il diniego non è mai ammesso: egli non dispone del potere di veto.

⁸ È una Corte con sede a Madrid, dotata di competenze giurisdizionali in ambito penale, in materia di contenzioso amministrativo (soprattutto riguardo agli atti amministrativi del Governo) e sociale.

⁹ Per una valutazione sul contesto politico relativo allo stallo sul rinnovo del

stificazioni addotte dal PP per mantenere, sempre sul terreno politico, questo comportamento istituzionale, sono state plurime: da sottolineare, in particolare, quella fondata, paradossalmente, sulla garanzia d'indipendenza dei giudici. Il PP è giunto sino al punto di denunciare la situazione – creata e provocata unicamente dal suo stesso atteggiamento – dinanzi alle istituzioni dell'Unione europea, in particolare al Commissario per la giustizia, paragonandola ai casi della Polonia e dell'Ungheria.

4. Il *Tribunal Constitucional* o, anche, del non dissimulato interesse al controllo politico sul sindacato di legittimità costituzionale delle leggi: due casi paradigmatici

Come ricordato in precedenza, tra i poteri del *Consejo* c'è quello di avanzare al Re la proposta per la nomina di due giudici del *Tribunal Constitucional*. In base alla Costituzione (art. 159, comma 1) e alla legge organica 3 ottobre 1979, n. 2, sul *Tribunal Constitucional* (art. 16), tale proposta viene fatta ogni nove anni (periodo corrispondente alla durata del mandato dei giudici) insieme a quella di altri due giudici che spetta al Governo.

La situazione di stallo relativa al CGPJ descritta nel paragrafo precedente si è riprodotta anche in relazione al rinnovo parziale del *Tribunal Constitucional* di competenza del Governo e del *Consejo*. Infatti, è consuetudine costituzionale che tali organi avanzino le proprie proposte in modo contestuale. Il problema istituzionale sorge quando, invece, solo uno dei due organi adempie al proprio obbligo costituzionale, com'è avvenuto in conseguenza dello stallo relativo al *Consejo*. Nel giugno 2022, scaduto il mandato dei giudici che nove anni prima erano stati proposti dal CGPJ e dal Governo, era necessario che, con nuove proposte, si procedesse al rinnovo. Ebbene, a seguito della modifica della LOPJ – che impediva al *Consejo* “*en funciones*” (in regime di *prorogatio*) di avanzare proposte per gli alti incarichi giurisdizionali – il Governo ha presentato la sua; dopo sei mesi di stallo, finalmente,

CGPJ: J. GARCÍA FERNÁNDEZ, *Por qué el Partido Popular no quiere renovar el Consejo General del Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional*, in *Sistema Digital*, 14 settembre 2022.

nel gennaio 2023 anche il *Consejo* ha fatto lo stesso e così il rinnovo del *Tribunal Constitucional* si è compiuto.

In base alla Costituzione, il Governo e il CGPJ non sono obbligati ad avanzare le proposte contemporaneamente: se così non fosse, l'inerzia prolungata o la volontà esplicita di non procedere di uno dei due organi si risolverebbero, di fatto, in un inammissibile potere di veto. A ricordarlo sono le sentenze del TC nn. 49/2008 e 191/2016, le quali affermano rispettivamente che il procedimento di rinnovo – che rappresenta un «obbligo costituzionale» – deve essere effettuato nei tempi e nelle forme dovute e che un organo non può indurre un altro a non adempiere ai propri doveri. Cionondimeno, dal giugno del 2022 fino all'inizio di quest'anno¹⁰, il *Consejo* ha tenuto un atteggiamento ostruzionistico – subalterno agli interessi politici del PP – con conseguente estensione della crisi anche al *Tribunal Constitucional*.

Ad ogni modo, è necessario precisare che la crisi del sistema di giustizia costituzionale, che mina la sua autorevolezza e rilevanza istituzionale, non è stata aggravata soltanto dalle circostanze descritte. Da più di un decennio, invero, si è assistito alla sua strumentalizzazione da parte dei partiti, ossessionati dall'obiettivo di controllare la composizione del *Tribunal* per poter disporre di giudici sensibili a logiche politiche di parte, a discapito proprio dell'autorevolezza e della rilevanza della giurisprudenza costituzionale.

Secondo la Costituzione (art. 159, commi 1, 2 e 3), la composizione del *Tribunal* è la seguente:

«1. Il *Tribunal Constitucional* è composto da dodici membri nominati dal Re; di questi, quattro su proposta del Congresso espressa a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti; quattro su proposta del Senato, espressa con la medesima maggioranza; due su proposta del Governo e due su proposta del *Consejo General del Poder Judicial*.

2. I componenti del *Tribunal Constitucional* devono essere nominati tra giudici e pubblici ministeri, professori universitari, funzionari pubblici e avvocati, i quali devono essere tutti giuristi di riconosciuta competenza con più di quindici anni di pratica professionale.

3. I componenti del *Tribunal Constitucional* sono nominati per un periodo di nove anni e vengono rinnovati per un terzo ogni tre anni».

¹⁰ Per una lucida analisi sul punto, v. M. AZPITARTE, *El CGPJ y la renovación del Constitucional*, in *El País*, 5 novembre 2022, p. 12.

In una prospettiva comparata, non si tratta di un *unicum* nell'ambito del panorama europeo, in cui si rinvergono esempi di sistemi di giustizia costituzionale che contemplano una Corte la cui composizione è predeterminata da altri organi dello Stato.

Il *Tribunal* venne istituito nel 1980. Si può affermare, in generale, che nei primi tre decenni di attività le competenze dei suoi giudici sono state di notevole livello, soprattutto nella fase istitutiva e in quella immediatamente successiva. Essi, per lo più, erano accademici e in misura minore eccellenti magistrati afferenti alla giurisdizione ordinaria. L'estrazione universitaria di una parte rilevante dei membri del *Tribunal* ha fatto sì che la sua giurisprudenza si sia conformata ai metodi interpretativi più avanzati e permeabili all'ermeneutica costituzionale, che le altre esperienze già consolidate offrivano: in particolare, quelle della Germania, dell'Italia e degli Stati Uniti, nonché della Corte europea dei diritti dell'uomo e, con il progressivo rafforzamento dell'integrazione europea, della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Questa tendenza virtuosa ha cominciato a invertirsi con i rinnovi più recenti. Negli ultimi decenni, il prestigio istituzionale del *Tribunal* e la qualità della sua giurisprudenza sono andati deteriorandosi: sul punto, la responsabilità dei partiti politici è notoria. Una delle cause del declino è riconducibile al predominio dei componenti provenienti dalla carriera giudiziaria, circostanza imputabile in gran parte al PP. Non sono stati scelti magistrati eccellenti, bensì di livello notoriamente inferiore, con l'obiettivo di ottenere un collegio composto da membri maggiormente predisposti a decidere in base a ragioni di opportunità. Né il PSOE, né lo stesso CGPJ sono esenti da questa critica. Insomma, a comporre il *Tribunal Constitucional* sono stati giudici di scarso spessore professionale (salvo poche eccezioni), professori universitari senza alcuna attività accademica alle spalle che non fosse del tutto irrilevante, giudici che avevano ricoperto incarichi di responsabilità politica per più tempo di quanto non ne avessero trascorso ad esercitare la funzione giurisdizionale, o che avevano dovuto dimettersi per condotte lesive del decoro delle istituzioni o, ancora, che avevano assunto ruoli di alta responsabilità nel corso della dittatura, nonché avvocati senza alcun prestigio in ambito forense, ecc.

In relazione a ciò, sui partiti maggiori grava una responsabilità condivisa: concentrati sull'obiettivo di collocare i propri candidati, hanno accettato senza discutere le proposte avanzate dall'altra parte. Il risul-

tato è stato un *Tribunal* la cui composizione è risultata agli antipodi rispetto a quella dei primi tempi.

Esempi di questa situazione sono, tra gli altri, i due casi brevemente commentati di seguito.

4.1. Il Tribunal Constitucional e lo stato di emergenza: la sent. n. 148/2021, del 14 luglio. Una sentenza infelice che ignora la funzione della giustizia costituzionale

A causa della crisi sanitaria provocata dalla pandemia da COVID-19, il Governo ha deliberato lo stato di emergenza (art. 116, comma 2 CE), che è una delle varianti del *Derecho de excepción*. In questa sentenza il TC ha giudicato incostituzionale il decreto del Governo poiché la fattispecie appropriata sarebbe stata quella dello ‘stato d’eccezione’, alla luce dell’intensità delle restrizioni ai diritti fondamentali.

Sorprende oltremodo come l’esigua maggioranza del *Tribunal*, che ha sostenuto l’incostituzionalità dei commi 1, 3 e 5 dell’articolo 7 del RD n. 463/2020, abbia ignorato la volontà del legislatore costituente in relazione alla natura dello stato di emergenza («*estado de alarma*»), e del legislatore che approvò la legge organica 1° giugno 1981, n. 4, sugli *estados de alarma, excepción y sitio*.

Al contrario, l’analisi del precedente costituente e legislativo è imprescindibile. Dai dibattiti parlamentari di allora – e specialmente dagli interventi, tra gli altri, dei deputati e relatori costituzionali Jordi Solé Tura (PCE/PSUC) e Gabriel Cisneros (UCD), oltre che Luíís Apostúa (UCD) e Nicolás Sartorius (PCE) – emerge con estrema chiarezza che nell’ambito dello stato di emergenza si intendeva contemplare situazioni catastrofiche, crisi sanitarie, disastri naturali, calamità pubbliche, ecc., e in nessun caso situazioni di conflittualità politica e sociale, che, invece, rappresentano il presupposto per la dichiarazione dello stato d’eccezione e che comportano la sospensione di alcuni diritti fondamentali. I legislatori di allora pensavano a situazioni simili al disastro ambientale avvenuto nel 1976 a Seveso, come risulta dai Resoconti delle sedute del *Congreso de los Diputados*.

In base ad uno dei principi dell’interpretazione giuridica – che, certamente, non è l’unico – la volontà del legislatore va tenuta in considerazione, non potendosi ignorare le posizioni espresse nell’ambito dei dibattiti parlamentari. Ebbene, l’accordo sul contenuto normativo della Costituzione del 1978 e della legge organica n. 4/1981 fu molto

ampio. Esso viene qui richiamato non nell'intento di enfatizzare eccessivamente il valore ermeneutico del metodo dell'interpretazione originalista, ma allo scopo di evidenziarne l'importanza, specie dinanzi allo stravolgimento del significato di un testo normativo con finalità strumentali alla risoluzione di un caso concreto, come quello compiuto dal TC. È singolare, dunque, che l'esigua maggioranza che ha avalato questa pronuncia di incostituzionalità abbia ignorato un criterio giuridico così rilevante.

Se la Corte avesse tenuto in adeguata considerazione la logica del Costituente e del legislatore, non sarebbe giunta a intendere la crisi sanitaria come un'alterazione dell'ordine pubblico che avrebbe richiesto la deliberazione dello stato d'eccezione. Nel contesto pandemico problemi di questo genere, che sono provocati da crisi politiche e che rendono necessaria la sospensione temporanea delle libertà – e, di conseguenza, delle garanzie costituzionali nei vari ambiti dell'ordinamento (processuale, penale, amministrativo, ecc.) – non si sono mai verificati.

Come ricordava persuasivamente il deputato Luis Apostúa (UCD) nei dibattiti sulla legge organica, «lo stato di emergenza non è un fatto politico»: non presuppone, invero, alterazioni o interruzioni del funzionamento delle istituzioni rappresentative. Al contrario, l'interpretazione adottata in questa sentenza dalla maggioranza del *Tribunal* si fonda sull'idea che una crisi sanitaria possa dar luogo alla deliberazione dello stato d'eccezione, poiché il grado delle restrizioni alla libera circolazione (art. 19 CE), previste dall'articolo 7 del RD n. 463/2020, sarebbe talmente alto da comportare, di fatto, una sospensione dei diritti fondamentali (*fundamentos jurídicos*, punto 11). Il TC si avventura in questo difficile ambito dogmatico, peraltro senza utilizzare criteri oggettivi idonei a chiarire che cosa si intenda per 'limitazione' e 'sospensione' dei diritti.

Questo approccio rimanda alla concezione di ordine pubblico che ispirò la *Ley de Orden Público* 30 giugno 1959, n. 45 della dittatura franchista, in base alla quale «calamità, catastrofi o disgrazie pubbliche» rientrano tra i presupposti per la deliberazione dello stato d'eccezione, come ha giustamente ricordato Quadra Salcedo¹¹. Eppure, la grave crisi sanitaria non è stata e non è un problema di ordine pubblico che richieda che alcun diritto fondamentale venga sospeso (ossia che il suo esercizio sia completamente precluso). Ciò che si è invece verifica-

¹¹ El País, 22 luglio 2021, p. 11.

to – pur con diversi gradi di intensità e a seconda delle situazioni particolari e generali del momento – è che sono state disposte restrizioni e limitazioni di diritti al fine di salvaguardarne altri, i quali nell'emergenza sanitaria avevano valore giuridico preminente: la salute collettiva e, di conseguenza, il sistema sanitario pubblico. Pertanto, l'attività di interpretazione costituzionale avrebbe dovuto essere rivolta, piuttosto, a verificare se le misure di limitazione dei diritti previste dal RD n. 463/2020 e ss.mm.¹² fossero proporzionate all'obiettivo di controllare la diffusione del virus COVID-19¹³, in un contesto costituzionale di *Derecho de excepción* (nella sua variante dello stato di emergenza).

L'utilizzo dei precedenti, inoltre, risulta strumentale. Occorre, infatti, sottolineare che il *Tribunal* travisa il dibattito costituente e quello relativo alla legge organica n. 4/1981: l'interpretazione adottata si fonda su un'"integrazione" tra l'oggetto e gli effetti dello stato di emergenza e lo stato d'eccezione, sottendendo, quindi, divergenze tra i Costituenti e tra i parlamentari che approvarono la legge citata, di cui, invero, è dato fortemente dubitare.

In virtù di questa cosiddetta «interpretazione integrativa», il TC sostiene che per quanto, in linea di principio, la fattispecie adatta alle circostanze provocate dalla crisi sanitaria sia proprio lo stato di emergenza, la loro gravità possa anche consentire il passaggio allo stato d'eccezione (*fundamentos jurídicos*, punto 11), attesa l'«intensità» della restrizione dei diritti. Con questo orientamento, tuttavia, il TC si sta sostituendo al Costituente e al legislatore. Per quale ragione?

Per rispondere a questo interrogativo, l'ineludibile premessa è che la Costituzione non definisce puntualmente i significati di stato 'di emergenza', 'd'eccezione' e 'd'assedio' (*estados de «alarma», «excepción» e «sitio»*). In effetti, non avrebbe potuto essere altrimenti, se si intendeva evitare il rischio che il ruolo del Parlamento rispetto alla definizione e all'eventuale revisione delle diverse varianti del *Derecho de excepción* (ex art. 116 CE) risultasse oltremodo compresso.

In altri termini, il Costituente ha inteso garantire al legislatore un certo margine di discrezionalità, ma non ha ommesso di precisare – do-

¹² Di tali misure il Governo ha risposto dinanzi al *Congreso*, che ha avallato le proroghe successive.

¹³ Per esaminare i dibattiti giuridici svoltisi in occasione della dichiarazione dello stato di emergenza, si vedano i riferimenti bibliografici citati al termine di questo lavoro. Soprattutto i contributi sugli organi di stampa, tra gli altri, dei professori: Aragón Reyes, Muñoz Machado, Quadra-Salcedo, Cruz Villalón.

verosamente – gli effetti di ciascun istituto. In particolare, la sospensione di diritti fondamentali è possibile solo in caso di dichiarazione dello stato d’eccezione o d’assedio (art. 55, comma 1 CE). La Costituzione, dunque, disciplina le tre forme del *Derecho de excepción* in modo bensì generico, ma non inconsistente.

A conferma di ciò, nel 1977 il costituente relatore Gabriel Cisneros (UCD) sottolineava che il mantenimento della fattispecie dello stato di emergenza nella Costituzione sarebbe stato pienamente sensato. In caso contrario, infatti, determinate situazioni emergenziali – quali, ad esempio, le calamità naturali – avrebbero inevitabilmente implicato misure più gravose per il cittadino, come la sempre traumatica sospensione di diritti fondamentali conseguente alla deliberazione dello stato d’eccezione; misure che, nei casi di emergenze di natura non politica, sarebbero state del tutto sproporzionate.

Ciononostante, in base all’orientamento del TC – espresso, addirittura, in un *obiter dictum* – la legge organica n. 4/1981 (che disciplina gli stati di emergenza, eccezione e assedio) potrebbe essere incostituzionale. Ad avviso del *Tribunal*, «leggi che mirano a regolare o a disciplinare in generale l’esercizio di tale libertà non avrebbero mai potuto contemplare, a pena d’incostituzionalità, misure di questo tipo¹⁴» (*fundamentos jurídicos*, punto 5). Il riferimento – s’intende – è a leggi come quella appena menzionata, che autorizzano una così intensa limitazione o restrizione delle libertà nel quadro dello stato di emergenza... Il TC, inoltre, ha l’audacia di aggiungere che, ferma restando la rilevata incostituzionalità, è fatto salvo «quanto la legislazione potrebbe prevedere per le ipotesi di emergenze congiunturali» (*sic!*).

Intende, forse, sostenere che in tali ultimi casi i diritti potrebbero essere limitati in modo più intenso? Naturalmente, ciò non sarebbe ammissibile al di fuori del quadro dello stato di emergenza, mentre il TC sembra conferire una patente di legittimità costituzionale a una futura “legge pandemica”, invocata da alcuni settori dell’arco parlamentare, che rappresenterebbe una chiara frode alla Costituzione.

A questi singolari argomenti (che potrebbero anche definirsi grossolani) il TC ne affianca un altro semplicemente inaccettabile. Sulla

¹⁴ Ossia quelle di cui all’art. 7, spec. commi 1 e 3, del RD n. 463/2020, rubricato «Limitazione della libertà di circolazione delle persone».

base dell'art. 30, comma 4 CE¹⁵, la libertà di circolazione potrebbe essere «ridefinita e contratta – anche al di fuori della cornice dello stato di emergenza – in virtù dei limiti che questa Corte ha definito “necessari”, poiché “derivano dalla natura intrinseca” della libertà, “distinguendosi da quelli che originano dal collegamento con altri diritti” (STC n. 5/1981, del 13 febbraio, *fundamentos jurídicos*, punto 7)» (*fundamentos jurídicos*, punto 5).

Questo assunto è del tutto inammissibile. I doveri di prestazione che gravano sul cittadino in base a tale precetto costituzionale (i quali, in altri commi, riguardano il servizio militare e civile) nulla hanno a che vedere con la disciplina delle limitazioni o restrizioni dei diritti di carattere generale conseguente all'applicazione dello stato di emergenza.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale dei commi 1, 3 e 5 dell'articolo 7 del RD n. 463/2020 si basa su un parametro molto indeterminato, riconducibile a una sorta di *soft law* intollerabile, in quanto impossibile da applicare attenendosi a criteri oggettivi: l'«altissima intensità» della limitazione della libertà di circolazione (art. 19 CE). Tale criterio ha aperto la strada al più assoluto soggettivismo interpretativo, che ha consentito al TC di accogliere l'istanza del gruppo parlamentare ricorrente (il partito di estrema destra, VOX) poiché la limitazione della libertà di circolazione avrebbe rappresentato un *vulnus* per la libertà di fissazione della propria residenza (art. 19 CE).

Il percorso logico-argomentativo della sentenza, inoltre, è profondamente incoerente. Il TC, infatti, rigetta l'istanza del ricorrente – l'opportunistico gruppo parlamentare – volta ad ottenere la dichiarazione di incostituzionalità anche delle misure limitative delle attività di insegnamento (riguardanti, dunque, il diritto fondamentale all'istruzione), ovvero di quelle riguardanti le modalità di svolgimento delle funzioni religiose (attinenti, quindi, alla libertà di religione e di culto, anch'essa fondamentale). Il motivo addotto è che esse avevano superato il vaglio di proporzionalità – basato sui canoni della necessità, adeguatezza e, appunto, proporzionalità in senso stretto – risultando, dunque, proporzionate allo scopo perseguito. Come visto, invece, il TC giunge a opposte conclusioni in relazione alle limitazioni alla libertà di circolazione, senza soluzione di continuità e ulteriori argomentazioni rispetto a quelle su esposte e commentate.

¹⁵ Che riguarda esclusivamente i doveri dei cittadini in situazioni di rischio, gravità, catastrofe, calamità pubblica.

Inoltre, parimenti incoerente è che le sentenze passate in giudicato e i provvedimenti amministrativi non più impugnabili non possano essere soggetti a revisione – conformemente alla logica della decisione e ai suoi effetti di annullamento – quando, come nel caso di specie, i loro destinatari potrebbero invocare la lesione di un diritto fondamentale, bene giuridico di rango superiore rispetto alla salvaguardia del principio della certezza del diritto richiamato dalla sentenza con il rinvio alla STC n. 45/1989.

Una pronuncia come questa, adottata a stretta maggioranza, non è esattamente utile a creare una giurisprudenza solida e duratura, che agevoli la formazione di una dottrina stabile e garantisca certezza del diritto, prevedibilità e sicurezza per il resto delle istituzioni dello Stato e per i cittadini. In realtà, il suo effetto è esattamente l'opposto. Ad esempio, se future alluvioni dovessero assumere una dimensione simile a quella verificatasi in Germania al tempo dell'emissione della sentenza, dovrebbe forse essere dichiarato lo stato di eccezione (con la conseguente possibilità di detenzione delle persone, censura dei mezzi di comunicazione, ecc.)?

In definitiva, si tratta di una sentenza adottata con una maggioranza esigua (un solo voto di scarto)¹⁶, formata da giudici molto vicini agli orientamenti del PP (una parte dei quali, peraltro, in regime di *prorogatio*).

4.2. *L'ordinanza del Tribunal Constitucional del 19 dicembre 2022: la resurrezione incostituzionale del controllo preventivo di costituzionalità attraverso il recurso de amparo*

In occasione della presentazione di alcuni emendamenti di maggioranza alla proposta di *Ley Orgánica de transposición de directivas europeas*¹⁷, tesi a modificare la legislazione relativa al CGPJ e al TC al fine di consentire il rinnovo di quest'ultimo, alcuni deputati del gruppo parlamentare del PP hanno proposto *recurso de amparo* dinanzi al *Tribunal Constitucional*.

I ricorrenti hanno accusato i gruppi parlamentari della maggioran-

¹⁶ Tutti gli altri giudici hanno espresso opinioni dissenzienti.

¹⁷ La cui denominazione completa è: «*Ley Orgánica de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*».

za di aver operato in frode alla legge, eludendo le necessarie garanzie previste dall'ordinamento per il procedimento legislativo. Ciò sarebbe avvenuto attraverso gli emendamenti in questione, che avrebbero rappresentato un tentativo di modifica dei meccanismi di indipendenza dei due organi costituzionali dello Stato intollerabilmente compressivo delle «garanzie del processo di adozione di leggi dal contenuto altamente sensibile per l'ordinamento come quelle interessate dalle modifiche», nonché lesivo del fondamentale diritto all'esercizio della funzione rappresentativa dei deputati ricorrenti (art. 23, comma 1 CE), oltre che del diritto alla rappresentanza politica dell'intera cittadinanza (art. 23, comma 2 CE). I ricorrenti hanno chiesto la sospensione in via cautelare (sospensione immediata) dell'*iter* parlamentare di discussione e approvazione della proposta di legge.

Il *plenum* del TC ha accolto l'istanza di sospensione cautelare con ordinanza (*auto*) del 19 dicembre 2022, mentre ha rigettato il ricorso avverso quest'ultima formulato dalla rappresentante legale (*Letrada*) delle *Cortes Generales*, in nome e per conto del Senato, con ordinanza del 21 dicembre. Così, un ricorso individuale a garanzia dei diritti fondamentali presentato da un gruppo di deputati è risultato idoneo ad interrompere il procedimento legislativo.

La questione assume una grande rilevanza costituzionale, poiché il *recurso de amparo* rappresenta un rimedio speciale, straordinario e sussidiario rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dinanzi alla giurisdizione ordinaria e non una forma di contestazione diretta e preventiva di una proposta di legge, che è impedita direttamente dalla Costituzione.

È evidente che gli emendamenti presentati alla legge di recepimento del diritto europeo non erano omogenei e coerenti con il suo oggetto (SSTC nn. 115/2019, del 16 ottobre, e 172/2020, del 19 novembre) e, pertanto, avrebbero potuto considerarsi affetti da un vizio di incostituzionalità formale. In tal senso, le istanze di tutela dei deputati ricorrenti in *amparo* avrebbero potuto ottenere soddisfazione in relazione alla presunta violazione del diritto allo *ius in officium*; in nessun caso, tuttavia, l'*iter* legislativo avrebbe potuto essere sospeso.

Nella sua opinione dissenziente (*voto particular* o *reserva de voto*) il giudice Juan Antonio Xiol Ríos ha così espresso il concetto:

«(...) non ricorrono i presupposti per accordare la sospensione, anche parziale, dell'*iter* legislativo a causa dell'estremo pregiudizio per l'interesse

generale che, in un ordinamento democratico, deriva dall'interferenza nell'attività delle *Cortes Generales* volta al conseguimento delle finalità che un'iniziativa legislativa può proporsi. Ciò, in virtù degli effetti che un'interruzione di tale natura è suscettibile di produrre sul regolare funzionamento delle istituzioni, come il grave indebolimento dello *ius in officium* dei parlamentari che hanno promosso e votato gli emendamenti, della cui ammissione si discute».

In conclusione, la crisi istituzionale descritta – che ancora persiste, con un CGPJ non rinnovato e un sistema di giustizia costituzionale che non recupererà facilmente il prestigio del passato – è il segno della scarsa cultura istituzionale dei partiti politici e della persistenza di una cultura politica nell'ambito della destra spagnola (su cui grava una grande responsabilità per la situazione creatasi) troppo vicina all'impronta autoritaria che l'ha storicamente caratterizzata.

BIBLIOGRAFIA

- ALVÁREZ GARCÍA V., *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*, in *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n. 86-87/2020, pp. 5 ss.
- ARAGÓN REYES M., *Hay que tomarse la Constitución en serio*, in *El País*, 11 aprile 2020.
- ARROYO GIL A., *¿Estado de alarma sin control?*, in *Agenda Pública – El País*, 28 ottobre 2020.
- AZPITARTE M., *El CGPJ y la renovación del Constitucional*, in *El País*, 5 novembre 2022.
- BARCELONA LLOP J., *Orden Público (Dº. Administrativo)*, in *Enciclopedia Jurídica Básica*. Vol. III, Madrid, 1995, pp. 560-4635.
- BERNAL PULIDO C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, III ed., Madrid, 2007.
- CABELLOS ESPIÉRREZ M.A., *La reforma inacabada: el Consejo General del Poder Judicial antes u enésima reformulación*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 118/2020, pp. 13 ss.
- CARRILLO M., *La formación de los jueces*, in *El País*, 2 aprile 2002.
- CARRILLO M., *Impact constitutionnel sur l'État de droit des mesures adoptées en Espagne*, in *Droits International, Comparé et Européen*, 2020.
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, *Trabajos Parlamentarios*, Vol. II, Cortes Generales, Madrid, 1980.
- CRUZ VILLALÓN P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

- CRUZ VILLALÓN P., *La Constitución bajo el estado de alarma*, in *El País*, 17 aprile 2020, p. 9.
- DE LA QUADRA-SALCEDO T., *Estado de alarma y lealtad*, in *El País*, 17 marzo 2020, p. 9.
- ID., *Límite y restricción, no suspensión*, in *El País*, 8 aprile 2020, p. 9.
- ID., *La aversión europea al estado de excepción*, in *El País*, 28 aprile 2020, p. 9.
- ID., *Rompiendo el espejo*, in *El País*, 14 settembre 2020, p. 11.
- GARCÍA FERNÁNDEZ J., *Por qué el Partido Popular no quiere renovar el Consejo General del Poder Judicial ni el Tribunal Constitucional*, in *Sistema Digital*, 14 settembre 2022.
- MUÑOZ MACHADO S., *La Constitución, la peste y la economía*, in *El País*, 27 aprile 2020, p. 11.
- NIETO A., *El desgobierno judicial*, Madrid, 2004.
- PRESNO LINERA M.A., *Por qué se decreta un estado de alarma y no de excepción por el coronavirus*, in *Theconversation.com*, 26 marzo 2020.
- RUIZ ROBLEDO A., *El Parlamento difuminado*, in *El País*, 1° settembre 2020.
- SÁIZ ARNÁIZ A., *La reforma del acceso a la carrera judicial en España: algunas propuestas*, in *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, n. 119/2007.
- URÍAS J. (2020). “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”, in *infolibre.es*, 14 aprile 2020.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il contributo analizza la crisi del sistema giurisdizionale spagnolo. Dopo aver illustrato le ragioni dell'inadeguatezza del sistema di formazione e selezione dei giudici, esamina le gravi situazioni di stallo riguardanti le procedure di rinnovo del *Consejo General del Poder Judicial* e del *Tribunal Constitucional*. Esse rappresentano l'apice di un processo di deterioramento della cultura istituzionale, a causa del quale la selezione dei componenti di tali organi è stata progressivamente condizionata da logiche politiche in senso stretto. Ciò ha inevitabilmente comportato una drastica riduzione della qualità e del prestigio della giurisprudenza, specie di quella costituzionale, come dimostrano i due casi paradigmatici considerati in conclusione.

EN

The paper analyzes the crisis in the Spanish judicial system. After explaining the reasons for the inadequacy of the system of training and selection of judges, it examines the serious deadlocks concerning the renewal procedures of the *Consejo General del Poder Judicial* and the *Tribunal Constitucional*. They represent the culmination of a process of deterioration in institutional culture, due to which the selection of the members of these bodies has been progressively conditioned by political logic in the narrow sense. This has inevitably led to a drastic reduction in the quality and in the prestige of jurisprudence, especially constitutional jurisprudence, as the two paradigmatic cases considered in conclusion demonstrate.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)